



Cartagena de Indias D.T. y C., diez (10) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

I. IDENTIFICADO DEL PROCESO, PARTES E INTERVINIENTES.

Medio de control	CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Radicado	13-001-23-33-000-2013-00491-00
Demandante	GROWING NETWORK S.A.
Demandado	DEPARTAMENTO DE BOLIVAR
Tema	INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL
Magistrado Ponente	LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala de Decisión a dictar sentencia de primera instancia dentro del asunto de la referencia.

III.- ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

1.1. PRETENSIONES

1.1.1. Demanda Principal.

La demandante deprecó las siguientes pretensiones:

"1. Que se declare que la empresa GROWING NETWORK S.A. ha cumplido con las obligaciones generadas a su cargo por razón del contrato de concesión No. 518 del 2011, celebrado entre la entidad demandada y mi representada.

2. Que se declare que el DEPARTAMENTO DE BOLIVAR ha cumplido con las obligaciones generadas a su cargo por razón del contrato de concesión No. 518 del 2013.

3. Que como consecuencia de su incumplimiento se condene al DEPARTAMENTO DE BOLIVAR a pagar a GROWING NETWORK S.A. el valor de los perjuicios de orden material –daño emergente y lucro cesante- que le fueron ocasionados, los cuales ascienden aproximadamente a la suma de \$16.157.530.000 (dieciséis mil millones ciento cincuenta mil quinientos treinta pesos) más los intereses del caso, monto que habrá de ser actualizado en su valor conforme a lo previsto en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo.

4. A la sentencia que le ponga fin al proceso se le dará cumplimiento en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A."



1.1.2. Demanda de reconvencción (Folios 208-214).

La demandada elevó las siguientes pretensiones:

- "1. Se DECLARE el incumplimiento por parte de la Sociedad GROWING NETWORK- en su calidad de concesionario- de las obligaciones contractuales derivadas del contrato de concesión No. 518 suscrito el 8 de junio de 2011 por ésta y el Gerente Liquidador del Fondo de Transporte y Tránsito del Departamento de Bolívar en Liquidación FTTB, de conformidad con la delegación otorgada en la Resolución 0627 del 7 de junio de 2011.*
- 2. Como consecuencia de la declaratoria anterior, se3 RESUELVA el contrato de concesión No. 518, celebrado entre las partes el día 8 de junio de 2011 y se condene a la indemnización de perjuicios causados a mi mandante.*
- 3. Como pretensión subsidiaria a eta pretensión, solicito se ORDENE a la sociedad GROWING NETWORK S.A. – en su calidad de concesionario- el cumplimiento del contrato de concesión No. 518 suscrito el 8 de junio de 2011 por éste y el Gerente Liquidador del Fondo de Transporte y Tránsito del Departamento de Bolívar en Liquidación FTTB, de conformidad con la delegación otorgada en la Resolución 0627 del 7 de junio de 2011, y se ordene asimismo la indemnización de perjuicios causados a mi mandante. Las sumas a pagar deberán incluir intereses de mora y de todo orden por el retardo en el cumplimiento a favor del Departamento de Bolívar y la actualización de las condena.*
- 4. Se condene en costas y gastos procesales a la empresa GROWING NETWORK S.A.*
- 5. Se CONDENE la empresa GROWING NETWORK S.A. a pagar indexada hasta la fecha que se realice el pago el valor equivalente a la cláusula penal establecida en la cláusula Decima (sic) Primera del contrato de concesión No. 518 celebrado por las partes el día 8 de junio de 2011".*

1.2. HECHOS

1.2.1. Demanda Principal

Los hechos relevantes de la demanda inicial se resumen así:

1.- El Departamento de Bolívar celebró con la sociedad demandante contrato de concesión No. 518 de 2011, el cual tuvo por objeto la prestación de los servicios de soporte operativo y tecnológico que incluye la plataforma de software, hardware y comunicaciones para la gestión de la información que maneja el Fondo de Transporte y Tránsito de Bolívar.

2.- El día 31 de agosto de 2011 se firmó acta de inicio del aludido contrato; dicha acta fue suscrita por el secretario de Hacienda del Departamento de bolívar y la representante legal del contratista.



3.- El 1 de septiembre de 2011, las partes suscribieron el acta No. 001 de 2011 que disponía que al día siguiente el Fondo de Transporte y Tránsito de Bolívar, debía entregar al contratista todos los archivos, carpetas de los vehículos matriculados en la entidad y la base de datos de los mismos, lo cual la entidad demandada nunca cumplió.

4.- Como prueba de los incumplimientos por parte de la entidad contratante, se suscribieron dos actas: la No. 002 del 2 de septiembre de 2011, en la cual se deja constancia que los empleados de la sociedad contratista, al llegar a las instalaciones no pudieron entrar debido a estaban cerradas con llave; hubo una espera de 2 horas y no fue posible el ingreso. Esta acta fue suscrita por el lado de la demandada, por el señor ADÁN TORRES YARZAGARAY como gerente liquidador del FTTB.

Posteriormente se suscribió el Acta No. 003 del 5 de septiembre de 2011, en la que igualmente se dejó constancia de la imposibilidad de que los empleados de la sociedad contratista pudieran entrar a las instalaciones de FTTB. Esta acta fue suscrita por el lado de la demandada, por el señor ADAN TORRES YARZAGARAY como gerente liquidador del FTTB.

5.- La sociedad contratista elevó el 26 de septiembre de 2011 petición ante el gerente liquidador del FTTB, para que tomara las medidas para permitir el inicio del contrato de concesión; igualmente presentó petición el 01 de diciembre de 2011, ante el gobernador de Bolívar, con la misma finalidad, sin que hasta la fecha de presentación de la demanda se le hubiere notificado respuesta alguna.

6.- El incumplimiento del contrato por parte de la entidad accionada le ha ocasionado perjuicios al contratista, debido a que ha hecho inversiones para el cumplimiento del contrato de concesión, tales como adquisición de las instalaciones donde funcionará la concesión, adquisición del software y el hardware, pagos de salarios del personal que se vinculó por exigencia del contrato de concesión.

7.- El incumplimiento del contrato de concesión, no es imputable a la sociedad contratista, sino exclusivamente a la entidad contratante.



1.2.2. Demanda de Reconvención.

Los hechos relevantes de la demanda de reconvención, se resumen así:

1.- La Sociedad GROWING NETWORK S.A. celebró el contrato de concesión No. 518 de 8 de junio de 2011, con el entonces Gerente Liquidador del Fondo Departamental de Tránsito del Departamento de Bolívar FTTB, de conformidad con la delegación para suscribir contrato otorgada mediante Resolución 0627 de 7 de junio de 2011, suscrita por el Gobernador de Bolívar

2.- El contrato de concesión tuvo por objeto, la prestación de los servicios de soporte operativo y tecnológico que incluye la plataforma de software, hardware y comunicaciones para la gestión de la información que maneja el fondo de transporte y tránsito de Bolívar.

3.- El 31 de agosto de 2011, las partes firmaron un acta de inicio con la participación del interventor del contrato que era el secretario de hacienda, en la cual se corroboró el cumplimiento de los requisitos de legalización del contrato y la aprobación de la garantía, pero no se fijaron compromisos o actividades pendientes ni programadas por parte del departamento de Bolívar.

4.- El 1 de septiembre de 2011, se suscribió otra acta de inicio, suscrita por ADAN TORRES YARZAGARAY, en la que equivocadamente se consignó que al día siguiente el concesionario comenzaría a recibir los documentos pertinente de parte de la institución, como archivo de las carpetas de los vehículos matriculados en la entidad y la base de datos de los mismos.

Sostiene la entidad accionada que esta acta no tiene validez, por cuanto ya se había suscrito una por parte del interventor del contrato que era el secretario de hacienda del departamento de bolívar.

5.- Igualmente señala el Departamento de Bolívar, que carecen de validez absoluta las Actas 001, 002 y 003 del mes de septiembre de 2011, debido a que las suscribió el gerente liquidador del FTTB, quien carecía de competencia para ello; debido a que la interventoría del contrato estaba en cabeza del secretario de hacienda del departamento de bolívar.



6.- Señala que las sedes operativas del FTTB, se encuentran en los municipios de San Juna Nepomuceno, Clemencia y Santa Rosa del Sur, no tiene el FTTB sede operativa en Cartagena, por lo tanto no es cierto lo afirmado por el contratista al pretender justificar su incumplimiento con el argumento que no pudo ingresar a las instalaciones administrativas del FTTB en liquidación que se encuentran ubicadas en el barrio Armenia de la ciudad de Cartagena y que por ello no pudo ejecutar el contrato.

7.- Informa que es demostrable el incumplimiento del contrato por parte del contratista, con el hecho de que no existen constancias o evidencias que demuestren que efectivamente realizó las visitas a las dependencias operacionales del FTTB ubicadas en los municipios de San Juna Nepomuceno, Clemencia y Santa Rosa del Sur.

8.- Así mismo señala la accionada, que la sociedad contratista afirma equivocadamente que debió adquirir el inmueble en el que se encontraban las oficinas administrativas del FTTB, lo cual es falso, por cuanto el propietario de dicho inmueble es el señor JOSE ARMANDO MORA LOPEZ, como se observa en la Escritura Pública 0788 del 16 de marzo de 2010.

9.- Manifiesta también que no existe prueba de que la contratista haya comprado o arrendado inmuebles en los sitios donde están ubicadas las sedes operativas o que se hubiesen presentado personas que laboren para ella, a trabajar en los sitios donde se encuentran ubicados los canales del RUNT en los respectivos municipios y que es donde se genera la operación del FTTB y donde en últimas debieron acudir, si la contratista hubiese tenido interés en cumplir con el objeto contractual, ya que en la sede administrativa donde se encuentra ubicado el FTTB no se efectúa trámite alguno.

10.- En el desarrollo del contrato el contratista desconoció la única instancia válida para tratar todo lo relacionado con el contrato, esto el interventor. Es por ello que todas las comunicaciones a que alusión el contratista, que no dirigió al interventor, no podían ser conocidas por este; con ello el contratista desconoció el contenido del contrato y de los pliegos de condiciones, ya que en el mismo se estableció que para proceder a la iniciación de la actividad contratada, debía el contratista presentar ante el interventor el cronograma de actividades previamente planeado a fin de ser validado por las partes, actuación que nunca llevó a cabo la sociedad contratista.



11.- Los incumplimientos del contratista han ocasionado graves perjuicios al FTTB debido a que no se ha podido finalizar el trámite de liquidación porque no ha sido posible contar con un soporte operativo y tecnológico, para la gestión de la información que maneja el FTTB, de conformidad con el objeto contractual.

2. CONTESTACION DE LA DEMANDA.

2.1. Demanda Principal

2.1.1. Departamento de Bolívar (folios 164-173).

La accionada dentro de la oportunidad legal, contestó la demanda, proponiendo excepciones de fondo y presentando demanda de reconvencción. En síntesis la demandada manifestó en su contestación lo siguiente.

En primer lugar se opone a todas y cada una de las pretensiones formuladas por la actora.

Admite como cierto el hecho primero de la demanda, parcialmente cierto el hecho segundo, aclarando, que no es válida el acta 001 suscrita el 1 de septiembre de 2011 con el doctor ADAN TORRES YARZAGARAY, porque ya se había suscrito el acta de inicio el 31 de agosto de 2011, con el secretario de hacienda del Departamento, quien era el interventor del contrato.

En cuanto al tercer hecho, señala que no es cierto; debido a que en primer lugar quien podía suscribir las actas, era el secretario de hacienda como interventor del contrato, por lo que dichas actas no son válidas y además, en cuanto a la imposibilidad de acceder a las oficinas del FTTB, no es cierto que de ello dependiera la ejecución del contrato ya que el desarrollo del mismo debía realizarse sobre la base de datos que funcionaban en los municipios del Departamento de Bolívar y no en la sede administrativa de Cartagena.

Frente al cuarto hecho, manifiesta no constarle; en cuanto al quinto hecho, considera que no constituye un hecho, sino una afirmación del demandante; en cuanto al sexto hecho, lo niega, señalando que no existe prueba alguna que la sociedad demandante para ejecutar el pluricitado contrato haya



tenido que adquirir el inmueble donde funcionan las oficinas administrativas del FTTB. Así mismo niega el séptimo hecho, manifestando que el Departamento de Bolívar no incumplió sus obligaciones contractuales; en cuanto al octavo hecho, manifiesta que es parcialmente cierto, pero aclara que la demandante no agotó debidamente el requisito de la conciliación frente al FTTB y finalmente frente al noveno hecho lo niega completamente, alegando que la no ejecución del contrato de concesión, no es endilgable al Departamento de Bolívar.

Excepciones de mérito (169-171).

La accionada al recorrer el traslado de la demanda, propuso las siguientes excepciones de mérito.

EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS- EXCEPCION DE CONTRATO NO CUMPLIDO. FALTA DE RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL ENDILGABLE AL DEPARTAMENTO DE BOLIVAR.

Sustenta el medio exceptivo, en síntesis de la siguiente manera: el Departamento de Bolívar no ha incumplido con sus obligaciones contractuales, por lo tanto no está obligado a indemnizar ni realizar pagos por los perjuicios presuntamente sufridos por la actora, más aún cuando dichos perjuicios no están debidamente soportados.

Sostiene que quien ha incumplido el contrato es la parte demandante, quien no lo ejecutó y ahora pretende trasladar del incumplimiento del contrato, al Departamento de Bolívar.

Es claro que en materia contractual, ninguna de las partes está obligada a cumplir sin haber recibido a su propio tiempo lo que se le debe; teniendo en cuenta que los contratos generan obligaciones recíprocas que deben ser ejecutadas. De tal manera que si una de las partes decide demandar a la otra por incumplimiento, el que fue demandado puede justificar su incumplimiento, en el incumplimiento del otro.

Informa que esta excepción tiene fundamento legal en el artículo 1906 del Código Civil.



Señala en conclusión, que las pretensiones se deben negar, debido a que el Departamento de Bolívar no ha incumplido su obligación contractual, sino que por el contrario el posible incumplimiento que podría endilgársele al Departamento, devino del incumplimiento inicial del contratista, en presentar ante el interventor, el cronograma a de actividades previamente planeado a fin de ser avalado por las partes, desconociendo así las fases definidas en el pliego de condiciones rector de la relación contractual.

- **FALTA DE COMPETENCIA DEL GERENTE LIQUIDADOR DEL FONDO DEPARTAMENTAL DE TRANSITO Y TRANSPORTE DE BOLIVAR -FTTB- PARA SUSCRIBIR LAS ACTAS 001, 002 Y 003 DEL MES DE SEPTIEMBRE DE 2011.**

Señala que de conformidad con la cláusula quinta del contrato de concesión, la interventoría del contrato estaba a cargo del secretario de hacienda del departamento de Bolívar, por tanto el Gerente Liquidador no tenía competencia para suscribir las actas 001 del 1 de septiembre de 2011, 002 del 2 de septiembre de 2011 y 003 del 5 de septiembre de 2011.

Precisa que la Resolución No. 627 de 2011, delegó al Gerente Liquidador del FTTB únicamente para la adjudicación, suscripción y a tomar las decisiones correspondientes para el proceso de licitación pública.

- **INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTO.**

Manifiesta que no hubo incumplimiento del contrato de concesión por parte del Departamento de Bolívar, señala que la no ejecución del contrato no obedeció a una omisión o acción del Departamento, sino al no uso por parte del contratista de los conductos establecidos en el contrato para un desarrollo exitoso del mismo.

- **INNOMINADA.**

Solicita que se declare de oficio cualquier otra excepción que se encuentre probada a lo largo del proceso.

2.1.2. Fondo de Transporte y Tránsito de Bolívar En Liquidación (folios 216-225).



Esta entidad accionada, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

En cuanto al primer hecho, admite que obra la copia del contrato de concesión suscrito entre la demandante y la demandada; en relación con el segundo hecho, manifiesta que le consta la existencia del acta de inicio de fecha 31 de agosto de 2011, pero no le consta que para la fecha de suscripción del acta estuvieran cumplidos los requisitos para dar inicio al contrato; en relación con los hechos tercero y cuarto, manifiesta no constarle, en relación con el hecho quinto, manifiesta que no es claro su texto; en relación con los hechos sexto y séptimo, informa que son apreciaciones del demandante; frente al hecho octavo manifiesta no constarle y se está a lo que resulte probado y frente al hecho noveno, manifiesta que son apreciaciones del demandante.

Excepciones de mérito (220-223).

El FTTB en liquidación, propuso las siguientes excepciones de mérito.

-FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA – HECHO DE UN TERCERO.

Sustenta esta excepción en el hecho de que el Fondo de Transporte y Tránsito de Bolívar En Liquidación, no es el responsable de la supuesta obstrucción de la ejecución del contrato, ya que la actuación de esta entidad se limitó a suscribir el contrato por delegación que hizo el gobernador del Departamento, al entonces Gerente Liquidador del FTTB.

-INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTO POR PARTE DEL FONDO DE TRANSPORTE Y TRÁNSITO DE BOLÍVAR EN LIQUIDACIÓN

Sostiene que el Fondo de Transporte y Tránsito de Bolívar En Liquidación no ha incumplido contrato alguno y por tanto no está obligado a indemnizar ni a reparar los presuntos daños causados.

-COBRO DE LO NO DEBIDO

Manifiesta que atención a que el demandante carece de fundamentos facticos y jurídicos para acceder a sus pretensiones estaría pretendiendo el



pago de suma de dinero que el FTTB no le adeuda, configurándose un enriquecimiento sin causa en su favor.

-ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA.

Se sustenta en el hecho de que la entidad FTTB no suscribió el contrato cuyo cumplimiento se pretende, y al no existir obligación alguna de indemnizar, se estaría produciendo un enriquecimiento sin causa en favor del demandante y en detrimento del patrimonio del FTTB.

- INNOMINADA

Solicita que se declare de oficio cualquier otra excepción que se encuentre probada a lo largo del proceso.

2.2. Demanda de Reconvención (folios 208- 214).

La demandada en reconvención se opone a las pretensiones de la demanda y se pronuncia frente a cada uno de los hechos de la demanda de reconvención, en los siguientes términos: admite como ciertos los primero y segundo; el hecho tercero admite como cierto que se firmó el acta de inicio el 31 de agosto de 2011, pero aclara que el acta 01 del 1 de septiembre de 2011, no es un acta de inicio, sino una en la cual se deja constancia de las circunstancias que están impidiendo el ingreso del personal de la concesionaria para iniciar la ejecución del contrato; señala como falso el hecho cuarto, por cuanto el gerente liquidador había sido delegado por el gobernador para ello; en cuanto al quinto hecho es falso, puesto que del texto del contrato se desprende que la ejecución del contrato debía darse en las instalaciones del FTTB, por ser el lugar donde reposan toda la información y base de datos necesarias para la ejecución del contrato de concesión, informa que el sexto hecho es falso, debido a que con la demanda primigenia se aportó documento de promesa de contrato de arriendo suscrito entre GROWING NETWORK S.A. y el Departamento de Bolívar; en cuanto al séptimo hecho informa que la concesionaria adquirió el hardware, servidores y equipos que se debían aportar en cumplimiento de las exigencias contractuales; señala que el hecho octavo es falso, debido a que el gobernador delegó en el gerente liquidador del FTTB, todo lo relativo a la ejecución del contrato y



respecto del hecho noveno, manifiesta que es falso, por cuanto quien ha incumplido el contrato es el Departamento de Bolívar.

3. ACTUACION PROCESAL.

Mediante providencia del 13 de diciembre de 2013 se admitió la demanda (Fl. 153-155); el auto admisorio se notificó el 29 de enero de 2014 (Fl. 159). La entidad demandada presentó memorial de contestación de la demanda (Fls. 164-173); se celebró audiencia inicial el 16 de julio de 2015, dentro de la cual se decretó la práctica de pruebas (fls. 293 -305).

La demandada presentó demanda de reconvención (folios 208- 214), la cual fue admitida mediante providencia de fecha 6 de noviembre de 2014 (Fls. 266-267).

El 29 de octubre de 2015 se realizó la audiencia de pruebas, continuando el 2 de marzo de 2017, dentro de la que se corrió traslado a las partes para la presentación por escrito de los alegatos de conclusión, y al Ministerio Público para que emitiera concepto (Fls. 587-589).

4. ALEGACIONES

4.1. Parte Demandante Principal.

Reitera lo manifestado en la demanda, resalta entre las pruebas recaudadas, la declaración rendida por el gerente liquidador del FTTB señor ADAN TORRES YARZAGARAY, en cuanto afirma que el incumplimiento de la ejecución del contrato se debió a que los empleados afiliados al sindicato de dicha entidad impidieron el ingreso de los empleados de la concesionaria.

Por otro lado manifiesta renunciar a la cláusula compromisoria.

4.2. Parte demandada Principal.

4.2.1. Departamento de Bolívar.

Manifiesta que el día 31 de agosto de 2011 las partes firmaron el acta de inicio y en ella no se establecieron compromisos o actividades pendientes por



realizar ni programas para cumplimiento posterior por parte del Departamento de Bolívar.

Las actas Nos. 01, 02 y 03 del mes de septiembre son absolutamente nulas por cuanto el gerente liquidador no estaba facultado para suscribirlas, puesto que el interventor del contrato era el secretario de hacienda del departamento.

El contratista incumplió el contrato, por cuanto no hizo en presencia en las sedes operativas del FTTB ubicadas en los municipios de San Juan Nepomuceno, Clemencia y Santa Rosa del Sur.

Manifiesta que no es cierto que la concesionaria haya adquirido el inmueble en que se encontraban las oficinas administrativas del FTTB, como se demostró con la declaración rendida por el señor JOSE ARMANDO MORA LOPEZ.

Informa que la concesionaria no demostró haber adquirido la licencia de uso del software al inicio del contrato y ello era indispensable para la ejecución del mismo.

4.2.2. Fondo de Transporte y Tránsito de Bolívar.

Esta accionada no presentó alegatos de conclusión.

5. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:

El Agente del Ministerio Público no rindió concepto dentro del presente asunto.

IV.-CONTROL DE LEGALIDAD

De conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció control de legalidad de las mismas, sin presentarse manifestación alguna de las partes u observarse por el Tribunal vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso.

No obstante, advierte la Sala que en la cláusula vigésima del Contrato de concesión (folio 134), se estipuló que las diferencias que surgieran con ocasión de la ejecución del contrato, se resolverían a través de los mecanismos de



solución de conflictos previstos en el artículo 68 de la ley 80 de 1993, sin especificar un mecanismo en particular.

Para la Sala dicha estipulación no le quita jurisdicción y competencia a esta Corporación, para asignársela a un tribunal de arbitramento, debido a que de los mecanismos alternativos de solución de conflictos que puede producir tal efecto, es la cláusula compromisoria, prevista en el artículo 70 de la Ley 80 de 1993, la cual se debe pactar en el contrato con anterioridad al conflicto, pero su estipulación debe ser expresa, lo cual no ocurre en el sub judice. Sobre la forma de pactar la cláusula compromisoria, el Consejo de Estado ha manifestado: "...Con fundamento en las disposiciones legales analizadas y en la jurisprudencia de esta Corporación, **se tiene que la cláusula compromisoria requiere una manifestación expresa de las partes, en cuyo contenido reflejen su voluntad de someter los conflictos que entre ellas puedan surgir con ocasión del contrato que celebran, a la justicia arbitral, "voluntad ésta que es distinta de la voluntad contractual y por lo tanto se expresa dentro del mismo instrumento o acto jurídico, o por separado", razón por la cual el pacto arbitral no puede presumirse y su existencia no puede deducirse por vía interpretativa...**"¹ (Negrillas fuera del texto).

En este mismo sentido, a los demás mecanismos de solución de conflictos a los que hace alusión el inciso 2º del artículo 68 ejusdem, acuden las partes del contrato cuando ya existe la controversia, por lo que los mismos no tienen la virtualidad de impedir que la controversia sea puesta en conocimiento del juez desde el momento en que ésta se suscita.

V.- CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

De conformidad con lo establecido en el numeral 5to del artículo 152 del CPACA, este Tribunal es competente para conocer en primera instancia del presente proceso.

¹ Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 7 de marzo de 2012, Exp. 1997-04862-01 (18013) MP Dr. MAURICIO FAJARDO GOMEZ.



2. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico de la doble causa, lo concreta la Sala, en determinar, ¿si el Departamento de Bolívar incumplió las obligaciones derivadas del Contrato de concesión No. 518 suscrito con la sociedad accionante, el 8 de junio de 2011, supuestamente al no facilitar el ingreso del contratista, a la sede administrativa del Fondo de Tránsito y Transporte del Departamento de Bolívar –FTTB-; impidiendo de esa manera la ejecución de dicho contrato; o si quien incumplió sus obligaciones contractuales fue la sociedad contratista al no poner en conocimiento del interventor del contrato la supuesta imposibilidad de ejecutar dichas obligaciones; siendo que además, dichas obligaciones debían cumplirse supuestamente en las sedes operativas del FTTB ubicadas en otros municipios, es decir fuera de la ciudad de Cartagena?

3. TESIS

La Sala de Decisión declarará el incumplimiento por parte del Departamento de Bolívar, del Contrato de concesión No. 518 suscrito por dicha entidad con la sociedad accionante, el 8 de junio de 2011, al no garantizar el ingreso del contratista, a la sede administrativa del Fondo de Tránsito y Transporte del Departamento de Bolívar –FTTB-; impidiendo de esa manera la ejecución de dicho contrato; por lo que condenará en abstracto al ente territorial a la indemnización de los perjuicios materiales en modalidad de lucro cesante; al tiempo que condenará en concreto a la accionada por concepto de daño emergente derivados de dicho cumplimiento.

Así mismo se negarán las pretensiones deprecadas en la demanda de reconvencción y se declararán no probadas las excepciones propuestas por el Departamento de Bolívar.

Por otra parte se declararán probadas las excepciones formuladas por el Fondo de Transporte y Tránsito de Bolívar en liquidación; por lo que respecto de dicha entidad se negarán las pretensiones de la demanda.

La anterior tesis se fundamenta en los argumentos que se exponen a continuación.

4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL



La Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, consagra las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales, regulando los trámites y requisitos que deben cumplirse con ocasión de su celebración y fijando como objeto de los mismos, la búsqueda del cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

Respecto de la normatividad que resulta aplicable a los contratos celebrados en virtud de la Ley 80 de 1993, en su artículo 13 se dispuso que se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en dicha Ley.

Referente a la capacidad para celebrar contratos, en el artículo 6º ibídem, se dispuso que podrán celebrarlos, las entidades estatales², las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes, los consorcios y uniones temporales. Por su parte, el artículo 11 de la citada ley señala que tratándose de entidades estatales, la competencia para ordenar y dirigir la celebración de licitaciones y para escoger contratistas será del *jefe o representante de la entidad*, según el caso y que a nivel territorial, la competencia recae en los gobernadores de los departamentos y los alcaldes municipales y distritales.

En ese orden, el tema de la competencia al interior de las entidades estatales, para la celebración de contratos, se encuentra expresamente delimitado por normas de orden público, lo que resulta acorde con el principio fundamental consagrado en el artículo 6º constitucional, conforme al cual los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes, mientras que los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

El artículo 11 de la ley 80 de 1993, enseña que la competencia para adelantar los procedimientos de selección del contratista y la suscripción del respectivo contrato, es del representante legal de la entidad contratante; sin embargo,

² El artículo 2º de la Ley 80 de 1993, define como entidades estatales en lo que interesa, a los departamentos.



el artículo 12 ejusdem, contempla la posibilidad de que el representante legal de dicha entidad pueda delegar esa facultad en un servidor público de la misma entidad, del nivel ejecutivo, asesor o su equivalente. Ahora bien, esa delegación, debe cumplir los requisitos señalados en el artículo 10 de la ley 489 de 1998, en el sentido de que debe constar por escrito, en este caso contenida en un acto administrativo, determinar la autoridad delegataria y debe ser expresa, es decir precisar las funciones o asuntos específicos cuya atención y decisión se transfieren; así mismo el delegatario debe indicar que actúa en tal calidad, al momento de suscribir el respectivo acto o contrato.

Cumplimiento del contrato

Es principio general el que los contratos se celebran para ser cumplidos y, como consecuencia de su fuerza obligatoria, el que las partes deban ejecutar las prestaciones que emanan de el en forma íntegra, efectiva y oportuna.

En efecto, el contrato, expresión de la autonomía de la voluntad, se rige por el principio "*lex contractus, pacta sunt servanda*", consagrado en el artículo 1602 del Código Civil, según el cual los contratos válidamente celebrados son ley para las partes y sólo pueden ser invalidados por consentimiento mutuo de quienes los celebran o por causas legales. En concordancia con la norma anterior, el artículo 1603 del mismo estatuto, prescribe que los contratos deben ser ejecutados de buena fe y, por consiguiente, obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley le pertenecen a ella sin cláusula especial.

En los contratos bilaterales y conmutativos -como son comúnmente los celebrados por la administración-, teniendo en cuenta la correlación de las obligaciones surgidas del contrato y la simetría o equilibrio de prestaciones e intereses que debe guardar y preservarse (arts. 1494, 1495, 1530 y ss. 1551 y ss. Código Civil), la parte que pretende exigir la responsabilidad del otro por una conducta alejada del contenido del título obligacional debe demostrar que, habiendo cumplido por su parte las obligaciones del contrato, su cocontratante no cumplió con las suyas, así como los perjuicios que haya podido sufrir³.

³ Consejo de Estado sección tercera subsección B sentencia del 30 de enero de 2013, exp. 2000-01310-01 (24217). MP. Dr. DANILO ROJAS BETANCOURTH.



Quiere decir lo anterior que el éxito del medio de control de controversias contractuales de que trata el artículo 141 del CPACA, cuando se pretende obtener la declaratoria de incumplimiento del contrato y la condena en perjuicios presupone que la parte que la ejerce acredite en el proceso haber cumplido o estado presto a cumplir sus obligaciones; o lo que es igual, para abrir paso a pretensiones en ese sentido la parte que las invoca debe probar que satisfizo las obligaciones que le incumben o se allanó a hacerlo, para demostrar que la otra parte está en un incumplimiento de las obligaciones a su cargo, que éstas son exigibles y que, por tanto, se encuentra en mora para su pago⁴.

5. CASO CONCRETO

5.1. Hechos probados

-El Departamento de Bolívar y GROWING NETWORK S.A. celebraron contrato de concesión No. 518 de 2011, el cual tuvo por objeto la prestación de los servicios de soporte operativo y tecnológico que incluye la plataforma de software, hardware y comunicaciones para la gestión de la información que maneja el Fondo de Transporte y Tránsito de Bolívar (folios 133-134).

-La Represente legal de GROWING NETWORK S.A. y el interventor del contrato de concesión suscribieron acta de inicio No. 1 el 31 de agosto de 2011 (folio 129).

-Representantes de la concesionaria y el Gerente liquidador del FTTB, suscribieron Acta No. 01 del 1 de septiembre de 2011 con el fin de la entrega de los documentos, carpetas y archivos necesarios para la ejecución del contrato (folio 130).

-Los señores ADÁN TORRES YARZAGARAY como gerente liquidador del FTTB, NELLEY ORTEGON ARIZA Y LINA MARCELA ROJAS VILLAMIZAR en representación de la concesionaria y como testigo el señor OSCAR HURTADO VILLA, suscribieron el Acta No. 002 el día 2 de septiembre de 2011; en la que se deja constancia que las representantes de la contratista, fueron a las oficinas del

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 22 de julio de 2009, exp. 17552.



FTTB para darle cumplimiento a lo acordado en el acta del 1 de septiembre de 2011, esto es recibir los documentos, carpetas y archivos necesarios para iniciar la ejecución del contrato, no pudiendo ingresar, debido a que las instalaciones estaban cerradas con llave; por lo que después de esperar 2 horas se retiraron del lugar (folio 135).

- Los señores ADAN TORRES YARZAGARAY como gerente liquidador del FTTB, NELLEY ORTEGON ARIZA Y LINA MARCELA ROJAS VILLAMIZAR en representación de la concesionaria y como testigo el señor FAIMES JOSE JIMENEZ SALCEDO, suscribieron el Acta No. 003 suscrita el día 5 de septiembre de 2011; en la que se deja constancia que las representantes de la contratista, fueron a las oficinas del FTTB para darle cumplimiento a lo acordado en el acta del 1 de septiembre de 2011, esto es recibir los documentos, carpetas y archivos necesarios para iniciar la ejecución del contrato, no pudiendo ingresar, debido a que las instalaciones estaban cerradas con llave; por lo que después de esperar 3 horas se retiraron del lugar, regresando al lugar el mismo día a las 2 pm, encontrándose con la misma situación (folio 136).

- Comunicación de fecha 26 de septiembre de 2011, enviada por la representante legal de la concesionaria, al gerente liquidador, en la que pone en conocimiento de dicho funcionario la situación que se estaba presentando que impedía el ingreso de los empleados de la contratista a las instalaciones del FTTB, para iniciar la ejecución del contrato (folios 137-138).

- Comunicación de fecha 1 de diciembre de 2011, enviada por la representante legal de la concesionaria, al gobernador de Bolívar, en la que pone en conocimiento de dicho funcionario la situación que se estaba presentando que impedía el ingreso de los empleados de la contratista a las instalaciones del FTTB, para iniciar la ejecución del contrato (folios 139-141).

-Acción de cumplimiento presentada por parte de GROWING NETWORK S.A. contra el Departamento de Bolívar y el FTTB, presentada el 9 de abril de 2012, persiguiendo el cumplimiento del pluricitado contrato de concesión (folios 462-465).

- Informe de fecha agosto 18 de 2015 rendido a la doctora GINA PATRICIA VELEZ en su calidad de coordinadora de la gobernación de Bolívar, por el doctor WILLIAM VALDELAMAR en su calidad de interventor del contrato de



concesión objeto de la presente Litis, en el que manifiesta la imposibilidad de ejecución del contrato, debido a que los trabajadores sindicales impidieron el ingreso a las instalaciones del FTTB (folios 497-499).

- Testimonio rendido por los señores ADAN TORRES YARZAGARAY (audiencia de pruebas CD No. 02 . Minuto 35 y siguientes folio 543 cuaderno No. 3) y WILLIAM VALDERRAMA HOYOS (audiencia de pruebas CD No. 02 Minuto 52 y siguientes folio 543 cuaderno No. 3); quienes se desempeñaban como Gerente liquidador del FTTB e interventor del contrato, respectivamente; quienes manifestaron que la no ejecución del contrato obedeció a la imposibilidad que tuvieron los empleados de la concesionaria para ingresar a las oficinas del FTTB, por la oposición del sindicato de dicha entidad.

-Pago de cánón de arrendamiento de inmueble del mes de junio de 2011 a diciembre de 2012 (folios 17-30).

5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico

En el presente caso, se tiene que con la demanda principal se pretende que se declare el incumplimiento por parte del Departamento de Bolívar del contrato de concesión No. 518 suscrito con la sociedad accionante, el 8 de junio de 2011, el cual tuvo por objeto la prestación de los servicios de soporte operativo y tecnológico que incluye la plataforma de software, hardware y comunicaciones para la gestión de la información que maneja el Fondo de Transporte y Tránsito de Bolívar; al no facilitar el ingreso del contratista, a la sede administrativa del Fondo de Tránsito y Transporte del Departamento de Bolívar –FTTB-; impidiendo de esa manera la ejecución de dicho contrato.

A su turno, la accionada, en su demanda de reconvención, pretende que se declare que quien incumplió sus obligaciones contractuales fue la sociedad contratista al no poner en conocimiento del interventor del contrato la supuesta imposibilidad de ejecutar dichas obligaciones; siendo que además, dichas obligaciones debían cumplirse en las sedes operativas del FTTB ubicadas en otros municipios, es decir fuera de la ciudad de Cartagena.

En este contexto, procede la Sala a resolver los problemas jurídicos planteados en ambas causas, teniendo en cuenta el marco normativo y jurisprudencial expuesto, así como los hechos probados. Además aclara la Sala que como



quiera que los fundamentos en que se soportan excepciones de fondo planteadas por las accionadas, guardan relación sustancial con las demás razones de defensa esgrimidos al pronunciarse sobre los hechos y pretensiones de la demanda, dichos medios exceptivos se resolverán conjuntamente con los problemas jurídicos enunciados.

En primer lugar, se precisa que la responsabilidad contractual, es el conjunto de consecuencias jurídicas que la ley le asigna a las obligaciones derivadas de un contrato.

Como se expuso en el marco normativo, el artículo 1602 del Código Civil enseña, que el contrato válidamente celebrado es ley para las partes y obligan no solo a lo que en ellos expresamente se estipula, sino a todas las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación.⁵

En este orden, los contratos bilaterales y conmutativos -como son comúnmente los celebrados por la administración-, teniendo en cuenta la correlación de las obligaciones surgidas del contrato y el equilibrio de prestaciones e intereses que debe guardar y preservarse, la parte que pretende exigir la responsabilidad del otro por una conducta alejada del contenido del título obligacional debe demostrar que, habiendo cumplido por su parte las obligaciones del contrato o habiendo estado presta al cumplimiento de las mismas, la otra parte no cumplió con las suyas.

Así las cosas, procede la Sala a verificar si en el sub examine, la sociedad contratante, cumplió las obligaciones que le correspondían, derivadas del contrato objeto de controversia, o estuvo presta para el cumplimiento de las mismas.

En este sentido, se advierte, que efectivamente las partes del sub lite, suscribieron el contrato de Concesión No. 518 el 8 de junio de 2011 (folios 131-134), el cual tuvo por objeto la prestación de los servicios de soporte operativo y tecnológico que incluye la plataforma de software, hardware y comunicaciones para la gestión de la información que maneja el Fondo de Transporte y Tránsito de Bolívar. Igualmente, está acreditado, que la señora MAGDA MORALES TAVERA en su condición de representante legal de la

⁵ Artículo 1603 del Código Civil.



sociedad concesionaria y el doctor WILLIAM VALDERRAMA HOYOS, en su calidad de interventor del contrato, suscribieron el acta de inicio el 31 de agosto de 2011 (folio 129).

Igualmente está acreditado que el primero de septiembre de 2011, se reunieron los señores ADAN TORRES YARZAGAY, obrando en calidad de Gerente liquidador del Fondo de Departamental de Transporte y Transito de Bolívar y las señoras NELLY ORTEGÓN ARIZA y LINA MARCELA ROJAS VILLAMIZAR, obrando en calidad de representantes de la concesionaria GROWING NETWORK S.A. Suscribieron el Acta No. 001 de esa fecha (folio 130), en la cual se indicó que el objeto de dicha acta era dar inicio al contrato de concesión y que el día siguiente el FTTB en liquidación debía entregar los documentos pertinentes, como archivo de las carpetas de los vehículos matriculados en el FTTB y la base de datos de los mismos. Contrario a lo manifestado por la parte accionada, para la Sala esta Acta no es un acta de inicio, pues ya ésta había sido suscrita por el interventor y la concesionaria; de tal manera que el acta suscrita el primero de septiembre de 2011 por el Gerente Liquidador, responde al desarrollo de las facultades y funciones asignadas en el acto de delegación que le hizo el Gobernador del Departamento de Bolívar, mediante la Resolución No. 627 del 7 de junio de 2011 (folios 144-145), en la cual se indicó que el delegatario quedaba facultado, entre cosas, para tomar las decisiones que correspondan dentro de la actuación contractual.

De lo anterior se infiere con meridiana claridad, que la delegación no era solamente para dirigir la audiencia de adjudicación (etapa precontractual) y firmar el contrato, sino que involucraba también la etapa contractual, es decir la que se inicia con la suscripción del contrato. En este orden, para la Sala, cuando en el acto de delegación se indicó que el delegatario quedaba facultado para tomar las decisiones que correspondan dentro de la actuación contractual, lo estaban autorizando para ejecutar todas aquellas actividades necesarias para la debida ejecución del objeto del contrato; lo cual resultaba acertado teniendo en cuenta, que el Gerente liquidador era quien de manera directa conocía y tenía el manejo de los archivos e información del FTTB, requerida para materializar el objeto del pluricitado contrato de concesión.

Por otro lado, está acreditado que la sociedad contratista, estuvo presta para la ejecución del contrato, por lo que la falta de ejecución del mismo, no le es



atribuible a ella, sino a la parte contratante; conclusión a la que arrima la Sala a partir de los siguientes elementos probatorios:

i.- La precitada Acta No. 01 del 1 de septiembre de 2011 (folio 130), suscrita entre representantes de la concesionaria y el Gerente liquidador del FTTB, con el fin de la entrega de los documentos, carpetas y archivos necesarios para la ejecución del contrato.

ii.- Acta No. 002 suscrita el día 2 de septiembre de 2011 (folio 135), por ADAN TORRES YARZAGARAY como gerente liquidador del FTTB, NELLEY ORTEGON ARIZA Y LINA MARCELA ROJAS VILLAMIZAR en representación de la concesionaria y como testigo el señor OSCAR HURTADO VILLA; en la que se deja constancia que las representantes de la contratista, fueron a las oficinas del FTTB para darle cumplimiento a lo acordado en el acta del 1 de septiembre de 2011, esto es recibir los documentos, carpetas y archivos necesarios para iniciar la ejecución del contrato, no pudiendo ingresar, debido a que las instalaciones estaban cerradas con llave; por lo que después de esperar 2 horas se retiraron del lugar.

iii.- Acta No. 003 suscrita el día 5 de septiembre de 2011 (folio 136), por ADÁN TORRES YARZAGARAY como gerente liquidador del FTTB, NELLEY ORTEGON ARIZA Y LINA MARCELA ROJAS VILLAMIZAR en representación de la concesionaria y como testigo el señor FAIMES JOSE JIMENEZ SALCEDO; en la que se deja constancia que las representantes de la contratista, fueron a las oficinas del FTTB para darle cumplimiento a lo acordado en el acta del 1 de septiembre de 2011, esto es recibir los documentos, carpetas y archivos necesarios para iniciar la ejecución del contrato, no pudiendo ingresar, debido a que las instalaciones estaban cerradas con llave; por lo que después de esperar 3 horas se retiraron del lugar, regresando al lugar el mismo día a las 2 pm, encontrándose con la misma situación.

iv.- Comunicación de fecha 26 de septiembre de 2011 (folios 137-138), enviada por la representante legal de la concesionaria, al gerente liquidador, en la que pone en conocimiento de dicho funcionario la situación que se estaba presentando que impedía el ingreso de los empleados de la contratista a las instalaciones del FTTB, para iniciar la ejecución del contrato y exhorta a la entidad contratante y al interventor para que intervengan de manera



inmediata y permitan el ingreso de su personal a las instalaciones del FTTB, a fin de iniciar la ejecución del contrato.

v.- Comunicación de fecha 1 de diciembre de 2011 (folios 139-141), enviada por la representante legal de la concesionaria, al gobernador de Bolívar, en la que pone en conocimiento de dicho funcionario la situación que se estaba presentando que impedía el ingreso de los empleados de la contratista a las instalaciones del FTTB, para iniciar la ejecución del contrato y les solicita tanto al gobernador como al interventor su intervención para que se les permita el ingreso de su personal a las instalaciones del FTTB, a fin de iniciar la ejecución del contrato.

vi.- Formulación de acción de cumplimiento por parte de GROWING NETWORK S.A. contra el Departamento de Bolívar y el FTTB, presentada el 9 de abril de 2012 (folios 462-465), persiguiendo el cumplimiento del plublicado contrato de concesión.

vii.- Informe de fecha agosto 18 de 2015 (folios 497-499) rendido a la doctora GINA PATRICIA VELEZ en su calidad de coordinadora de la gobernación de Bolívar, por el doctor WILLIAM VALDELAMAR en su calidad de interventor del contrato de concesión objeto de la presente Litis, en el que manifiesta la imposibilidad de ejecución del contrato, debido a que los trabajadores sindicales impidieron el ingreso a las instalaciones del FTTB.

viii.- Testimonio rendido por el señor ADÁN TORRES YARZAGARAY (audiencia de pruebas CD No.02 . Minuto 35 y siguientes folio 543 cuaderno No. 3) ; quien en calidad de gerente liquidador del FTTB, suscribió el contrato de concesión por delegación del gobernador; fungió como gerente del FTTB de abril de 2011 a enero de 2012. En su relato narra, que la concesionaria intentó varias veces ingresar con el equipo de trabajo, pero el sindicato lo impidió y que por tanto fue imposible entregarles las carpetas donde está todo el material; manifiesta que la oposición del sindicato obedecía a que tenían temor de quedar desprotegidos laboralmente.

ix.- Testimonio rendido por el doctor WILLIAM VALDERRAMA HOYOS (audiencia de pruebas CD No. 02 Minuto 52 y siguientes folio 543 cuaderno No. 3), quien se desempeñaba como secretario de hacienda del departamento de Bolívar para la fecha en que se adelantó el proceso contractual en cuestión y fue



designado como interventor de dicho contrato. En su declaración manifestó que la concesionaria estuvo en la ciudad disponible para "arrancar" el contrato, pero que le fue imposible acceder a las bases de datos que eran necesarias para iniciar la ejecución. Lo anterior debido a que los empleados del FTTB nunca permitieron el ingreso de la contratista. Informa que el concesionario al comienzo fue incisivo para obtener la información y ejecutar, pero después se desanimaron, por la conducta de los trabajadores del FTTB. Así manifiesta que todo ello lo sabe porque se lo informaba el gerente liquidador del FTTB, que fue quien lideró todo el proceso.

Igualmente manifestó el declarante que puso en conocimiento del gobernador los inconvenientes; por lo que el gobernador tuvo una reunión con los trabajadores que lideraban la objeción al contrato de concesión con el fin de persuadirlo para que dejaran entrar a los señores de la concesión, pero esa reunión no dio frutos.

El contenido de la anterior declaración, deja sin piso, la afirmación hecha por la accionada en la contestación de la demanda, en cuanto a que el contratista no informó al interventor la dificultad que se estaba presentando para ingresar a las oficinas del FTTB e iniciar la ejecución del contrato (folio 167); la mentada afirmación, también se desvirtúa con Informe de fecha agosto 18 de 2015 (folios 497-499) rendido a la doctora GINA PATRICIA VELEZ, por el doctor WILLIAM VALDELAMAR en su calidad de interventor del contrato, en el que manifiesta la imposibilidad de ejecución del contrato, debido a que los trabajadores sindicales impidieron el ingreso a las instalaciones del FTTB.

Así las cosas, se concluye con facilidad, que de la dificultad para ejecutar el contrato de concesión, no solamente estaba enterado el interventor del contrato, sino también el gobernador.

x.- Testimonio rendido por el señor JOSE ARMANDO MORA LOPEZ (audiencia de pruebas CD No.03 . 1:10:50 y siguientes folio 544 cuaderno No. 3), quien manifestó ser dueño del lote ubicado en el sector de tesca en la ciudad de Cartagena, inmueble que inicialmente se le había arrendado al FTTB, pero luego le fue arrendado a GROWING NETWORK S.A. La Sala considera que el hecho de arrendar la concesionaria una oficina en la ciudad de Cartagena, justo la misma donde funcionaba el FTTB, evidencia que dicha sociedad, teniendo su domicilio y sede en la ciudad de Bucaramanga (folios 12-14), lo



que pretendía con ello era la ejecución del contrato de concesión en cuestión. Ahora bien, la accionada cuestiona el hecho de que el señor JOSE ARMANDO MORA LOPEZ no figura en el folio de matrícula inmobiliaria como dueño del inmueble. Situación que es cierta, pues se evidencia que dicho señor fue dueño del inmueble, pero lo vendió a HELM BANK S.A. el 10 de noviembre de 2010 (folios 375-376), pero ello por sí solo no impide que dicho señor pudiera arrendar el inmueble si aún conservaba la posesión del mismo o en cualquier otra calidad; es dable precisar que no necesariamente se debe tener la calidad de dueño de un inmueble para asumir la calidad de arrendador del mismo; pues ésta calidad se puede asumir a partir de un contrato de administración entre el titular del derecho de dominio del inmueble y el arrendador.

Para esta magistratura, los testimonios rendidos por los señores WILLIAM VALDERRAMA HOYOS Y ADAN TORRES YARZAGARAY, ofrecen todos los motivos de credibilidad, debido a que por los cargos que ocupaban (secretario de hacienda del Departamento de Bolívar y gerente del FTTB, respectivamente), así como por los roles que desempeñaron en la celebración y ejecución del contrato (interventor y delegatario para la adjudicación, celebración y ejecución del contrato, respectivamente), relataron los hechos precisando las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los mismos.

Por otra parte, en cuanto a los testimonios rendidos por los señores ENRIQUE RAMIREZ (audiencia de pruebas CD No. 01. 2:22:12 folio 542 cuaderno No. 3) y UBALDIS PADILLA (audiencia de pruebas CD No. 01. 2:39:11 folio 542 cuaderno No. 3), nada aportan al esclarecimiento de los hechos, pues el primero manifiesta no tener información sobre el asunto, porque él trabajaba era en el área de multas y el segundo, manifiesta no haber visto llegar a ningún empleado del concesionario así mismo, al preguntarle sobre los hechos del sindicato que impidieron el ingreso del contratista, manifestó que pudo suceder durante su desplazamiento a los municipios de San Juan, Clemencia o Santa Rosa del Sur.

A su turno el testimonio rendido por el señor JUSTO CASTILLO ACEVEDO (audiencia de pruebas CD No. 03. 1:32:09 folio 544 cuaderno No. 3), no lo considera la Sala imparcial, razón por la cual no ofrece motivos de credibilidad, debido a que dicho señor fungía como presidente del sindicato del FTTB, y como quiera que el incumplimiento del contrato obedeció a



situaciones de hecho endilgadas a esa organización sindical, el testigo no iba a hacer un relato objetivo e imparcial de los hechos generadores del incumplimiento contractual.

En cuanto al interrogatorio rendido por la señora LUZ ESTELA GONZALEZ REY en su calidad de representante de la sociedad demandante (audiencia de pruebas CD No.02 Minuto 19:44 y siguientes folio 543 cuaderno No. 3), no presenta ninguna utilidad para el esclarecimiento de los hechos, por cuanto manifiesta no constarle nada sobre la situación fáctica que dio lugar a la presente controversia.

Finalmente en la valoración de los medios de prueba recaudados, advierte la Sala que se realizó diligencia de careo (CD No. 5- folio 591- cuaderno No. 3) a los señores ADAN TORRES YARZAGARAY, JUSTO RICARDO CASTILLO ACEVEDO, ENRIQUE RAMIREZ LLERENA Y UBALDIS PADILLA MARTINEZ, quienes ya habían rendido declaración de tercero dentro del presente proceso; diligencia en la cual dichos señores lo que hicieron fue ratificar las manifestaciones hechas por ellos al rendir sus respectivos testimonios.

Por otro lado, la parte accionada en su defensa, alega que el contratista no puede justificar la no ejecución del contrato de concesión en la imposibilidad de ingresar a las oficinas administrativas del FTTB en la ciudad de Cartagena, debido a que la ejecución del contrato debía realizarse sobre la base de datos que funcionaban en los municipios del Departamento de Bolívar y no en la sede administrativa del FTTB en liquidación (folio 165).

La Sala disiente de lo anterior, en consideración a que en las cláusulas PRIMERA Y SEGUNDA del contrato (folio 131), que contemplan su objeto y alcance, no indican que la ejecución del contrato se haría en los municipios donde el FTTB tenía sede o que las sedes de dichos municipios debían entregar determinada información al contratista para la ejecución del contrato; tal exigencia no se contempla en ninguna de las cláusulas del contrato de concesión; aunado a lo anterior, en la cláusula VIGESIMA OCTAVA, se indica que para todos los efectos, el domicilio contractual es la ciudad de Cartagena (folio 134). Refuerza la posición de la Sala, la declaración rendida por el Gerente liquidador del FTTB (audiencia de pruebas CD No.02. Minuto 35 y siguientes folio 543 cuaderno No. 3), cuando manifestó que "...la otra entidad nueva que se le adjudicó el contrato no pudo en ningún momento tener acceso a la



información la entidad, la entidad de todas maneras, aparte de que tenía dos sedes que es una en clemencia y una en santa rosa del sur, **la parte de la información se manejaba central entonces ahí no pudo entrar la entidad las personas del sindicato en realidad se opusieron en muchas oportunidades porque tenían temor porque fueran a perder su estabilidad laboral...**". En este contexto, además de que la información requerida para la ejecución del contrato estaba centralizada en las oficinas administrativas del FTTB en la ciudad de Cartagena, en todo caso, el contrato no contemplaba la ejecución en otros municipios o la adquisición de información en otros municipios para su ejecución. En este punto es imperioso acotar que, como se anotó en el marco normativo, los contratos deben ser ejecutados de buena fe y, por consiguiente, obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley le pertenecen a ella sin cláusula especial. En ese sentido no podría en el sub judice exigirle el Departamento de Bolívar al contratista el cumplimiento de una obligación no consagrada expresamente en la literalidad del contrato y respecto de algo que no emana de la naturaleza de la obligación contractual, como es obtener información en oficinas del FTTB diferentes a la oficina administrativa ubicada en la ciudad de Cartagena.

En otra arista, en cuanto a las excepciones formuladas por la apoderada del Departamento de Bolívar, se pronunciará la Sala particularmente respecto de dos, teniendo en cuenta que frente a las demás ya se pronunció a lo largo de las consideraciones expuestas. Así las cosas, en cuanto a la excepción de contrato no cumplido, esta magistratura hace las siguientes precisiones. La entidad excepcionante soporta el medio exceptivo en el hecho, de que la accionante fue quine incumplió el contrato al no ejecutarlo, y de existir inconvenientes para ello, debió ponerlos en conocimiento del interventor.

Este medio exceptivo se entiende como la facultad que le asiste a la parte de un contrato bilateral a negarse a cumplir sus obligaciones cuando su contraparte le exige el cumplimiento sin que a su vez haya cumplido con su propia obligación.

La excepción en estudio se declarará no probada, debido a que como se explicó in extenso, al valorar el acervo probatorio recaudado, si bien el contratista no cumplió con el contrato, si se allanó a hacerlo y estuvo dispuesto a ello, pero no fue posible por causas imputables a la accionada.



En este orden, considera la Sala, que de acuerdo con el objeto del contrato, la entrega de los archivos y bases de dato del FTTB, era algo que emanaba de la naturaleza misma de la obligación⁶ adquirida por el Departamento de Bolívar; por lo que de conformidad con el artículo 1609 del Código Civil⁷, no cumpliendo la accionada con la obligación a su cargo, al no facilitar el acceso de la concesionaria para obtener las bases de datos y archivos, mal podría alegar incumplimiento alguno respecto de la contratista.

Así las cosas, el ente territorial, frente a la obstrucción propiciada por el sindicato del FTTB para el ingreso de los empleados de la concesionaria, bien pudo acudir a los mecanismos policivos contemplados en la ley 1801 de 2016 (Código Nacional de Policía), especialmente al establecido en el artículo 76 y siguientes de dicho estatuto.

Por otro lado, advierte la Sala, que la entidad territorial contratante, frente a la imposibilidad de cumplir el contrato, pudo, en aplicación de la cláusula Décima Quinta, proceder a la suspensión del mismo; pudiendo incluso acudir a la terminación del contrato, invocando fuerza mayor, en los términos previstos en el literal b) de la cláusula Décima Sexta del contrato objeto de la presente controversia.

Por otro lado, la excepción denominada falta de competencia del gerente liquidador del FTTBB para suscribir las actas 001, 002 y 003 del mes de septiembre de 2011, la funda la accionada en síntesis en que la competencia para suscribir actas estaba en cabeza del interventor que era el secretario de hacienda y que la delegación otorgada al gerente liquidador del FTTB no comprendía dichas funciones. Sobre este medio exceptivo informa la Sala que la declarará no probada por las razones que se exponen a continuación.

Ciertamente, los señores ADAN TORRES YARZAGAY, obrando en calidad de Gerente liquidador del Fondo de Departamental de Transporte y Transito de Bolívar y las señoras NELLY ORTEGÓN ARIZA y LINA MARCELA ROJAS VILLAMIZAR, obrando en calidad de representantes de la concesionaria GROWING

⁶ Artículo 1603 del C.C.

⁷ "En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos".



NETWORK S.A. Suscribieron el Acta No. 001 de esa fecha (folio 130), en la cual se indicó que el objeto de dicha acta era dar inicio al contrato de concesión y que el día siguiente el FTTB en liquidación debía entregar los documentos pertinentes, como archivo de las carpetas de los vehículos matriculados en el FTTB y la base de datos de los mismos.

Igualmente, los señores ADÁN TORRES YARZAGARAY como gerente liquidador del FTTB , NELLEY ORTEGON ARIZA Y LINA MARCELA ROJAS VILLAMIZAR en representación de la concesionaria y como testigo el señor OSCAR HURTADO VILLA, suscribieron el Acta No. 002 suscrita el día 2 de septiembre de 2011 (folio 135); en la que se deja constancia que las representantes de la contratista, fueron a las oficinas del FTTB para darle cumplimiento a lo acordado en el acta del 1 de septiembre de 2011, esto es recibir los documentos, carpetas y archivos necesarios para iniciar la ejecución del contrato, no pudiendo ingresar, debido a que las instalaciones estaban cerradas con llave; por lo que después de esperar 2 horas se retiraron del lugar.

Así mismo, los señores ADÁN TORRES YARZAGARAY como gerente liquidador del FTTB , NELLEY ORTEGON ARIZA Y LINA MARCELA ROJAS VILLAMIZAR en representación de la concesionaria y como testigo el señor FAIMES JOSE JIMENEZ SALCEDO, suscribieron el Acta No. 003 suscrita el día 5 de septiembre de 2011 (folio 136); en la que se deja constancia que las representantes de la contratista, fueron a las oficinas del FTTB para darle cumplimiento a lo acordado en el acta del 1 de septiembre de 2011, esto es recibir los documentos, carpetas y archivos necesarios para iniciar la ejecución del contrato, no pudiendo ingresar, debido a que las instalaciones estaban cerradas con llave; por lo que después de esperar 3 horas se retiraron del lugar, regresando al lugar el mismo día a las 2 pm, encontrándose con la misma situación.

Para esta Corporación, las anteriores Actas, contrario a lo manifestado por la parte accionada, no constituyen acta de inicio, pues ya ésta había sido suscrita por el interventor y la concesionaria y no desbordan las facultades delegadas en el gerente liquidador del FTTB; sino que, responden al desarrollo de las facultades y funciones asignadas en el acto de delegación que le hizo el Gobernador del Departamento de Bolívar, mediante la Resolución No. 627 del 7 de junio de 2011 (folios 144-145), en la cual se indicó que el delegatario quedaba facultado, entre cosas, para tomar las decisiones que correspondan



dentro de la actuación contractual. De lo anterior se infiere con suficiente nitidez, que la delegación no era solamente para dirigir la audiencia de adjudicación (etapa precontractual) y firmar el contrato, sino que involucraba también la etapa contractual, es decir la que se inicia con la suscripción del contrato. En este orden, para la Sala, cuando en el acto de delegación se indicó que el delegatario quedaba facultado para tomar las decisiones que correspondan dentro de la actuación contractual, lo estaban autorizando para ejecutar todas aquellas actividades necesarias para la debida ejecución del contrato; lo cual resultaba acertado teniendo en cuenta, que el Gerente liquidador era quien de manera directa conocía y tenía el manejo de los archivos e información del FTTB requerida para materializar el objeto del pluricitado contrato de concesión y que además estaría en constante y directa relación con la concesionaria. Se reitera dichas actas, especialmente la segunda y tercera, simplemente documentan las circunstancias de hecho que impidieron al concesionario ingresar a las oficinas administrativas del FTTB.

Por otra parte, el Fondo de Transporte y Tránsito de Bolívar, también propuso las siguientes excepciones de fondo: falta de legitimación en la causa por pasiva-hecho de un tercero-, inexistencia de incumplimiento por parte del FTTB, cobro de lo debido y enriquecimiento sin causa.

En cuanto a la legitimación en la causa, se concreta en la posibilidad de que una persona formule o controvierta las pretensiones contenidas en la demanda, por ser el sujeto activo o pasivo de la relación jurídica sustancial que se debate en el proceso. Sobre esta institución, el Consejo de Estado ha manifestado, que hace referencia a la relación sustancial que debe existir entre las partes en el proceso y el interés sustancial del litigio, de tal manera que aquella persona a quien se le exige la obligación es a quien habilita la ley para actuar procesalmente⁸.

Siguiendo el hilo conductor, se advierte que en el sub judice, el contrato de concesión objeto de la litis, si bien fue suscrito por el Gerente liquidador del FTTB, dicho funcionario actuó como delegatario del gobernador del Departamento de Bolívar, delegación que se hizo a través de la Resolución No. 627 del 7 de junio de 2011 (folios 144-145), en los términos de los artículos 10 de la ley 489 de 1998 y los artículo 11 y 12 de la ley 80 de 1993; de tal manera que

⁸ Consejo de Estado, sección tercera subsección A. auto del 13 de julio de 2016. Exp. 2015-00144-01 (55205). MP Dr. CARLOS ZAMBRANO BARRERA.



las obligaciones adquiridas a partir del acuerdo de voluntades, comprendían al ente territorial cuyo representante legal había actuado como delegante; en ese sentido, del cumplimiento de dichas obligaciones era responsable el Departamento de Bolívar y no el FTTB.

Por las anteriores consideraciones, se declarará probada la excepción en estudio.

Advierte la Sala que como consecuencia de la prosperidad de la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del FTTB, resultan igualmente prósperas las demás excepciones de fondo formuladas por dicha entidad.

5.2.1. Indemnización de Perjuicios.

Establecida la responsabilidad del departamento de Bolívar en el incumplimiento del contrato de concesión objeto de la presente litis, procede la Sala a estudiar la indemnización de los perjuicios deprecados.

La demandante solicitó a título de indemnización el reconocimiento y pago del daño emergente y lucro cesante causado.

5.2.1.1. Daño emergente.

A título de daño emergente, la actora solicita el pago de la suma de \$426.677.987, por concepto de: arrendamientos, equipos de cómputo, papelería, nómina, honorarios, trámite, pólizas y gastos de representación.

Para acreditar los gastos de arrendamiento, aporta copias autenticadas de las facturas de ventas obrante a folios 17-30; si bien las mismas no indican cuál es objeto del contrato de arrendamiento y además si bien están dirigidas a GROWING NETWOR S.A., en el recibido aparece además de la demandante, concesión de tránsito de Girón; contrastadas dichas probanzas, con la declaración rendida por el arrendador, señor JOSE ARMANDO MORA LOPEZ (audiencia de pruebas CD No.03 . 1:10:50 y siguientes folio 544 cuaderno No. 3), existe absoluta coincidencia, por lo que la Sala le da valor probatorio a dichos documentos y en consecuencia se reconocerá a título de daño emergente el valor del arriendo pagado por el concesionario por el inmueble en el cual atendería la ejecución del objeto contractual, pero precisando que



si bien se reclama pago de dicho concepto desde el mes de junio de 2011, la Sala sólo lo reconocerá a partir del mes de agosto de 2011, por ser la fecha en que debió iniciarse la ejecución del contrato de concesión y hasta el mes de diciembre de 2012, por ser estos los períodos acreditados.

Para la actualización de las sumas debidas por concepto de daño emergente, se aplicará la siguiente fórmula:

$$RA = Rh \times \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

Donde el valor presente RA se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que corresponde al valor del canon mensual de arrendamiento asumido por el demandante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final vigente en la de la presente providencia – Julio 2018(142.10) entre el índice inicial vigente en la fecha que se efectuó el pago de conformidad con las facturas visibles en los folio del 17 al 30. Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará mes a mes en forma separada.

ACTUALIZACION DAÑO EMERGENTE - CANON DE ARRENDAMIENTO						
No. FACTURA	MES	FECHA DE PAGO	VALOR	IPC INICIAL	IPC FINAL	VALOR ACTUALIZ ADO
42375 (FL. 17)	AGOSTO - OCTUBRE DE 2011	Octubre - 2011	33.000.000	108,55	142,10	43.199.447
42382 (FL. 19)	NOVIEMBRE 2011	Nov. 2011	11.000.000	108,70	142,10	14.379.945
44109 (FL. 18)	DICIEMBRE 2011	Dic. 2011	11.000.000	109,16	142,10	14.319.348
0006 (FL. 20)	ENERO 2012	Abril 2012	11.000.000	110,92	142,10	14.092.138
0007 (FL. 21)	FEBRERO 2012	Abril 2012	11.000.000	110,92	142,10	14.092.138
0008 (FL. 22)	MARZO 2012	Abril 2012	11.000.000	110,92	142,10	14.092.138
0009 (FL. 23)	ABRIL 2012	Abril 2012	11.000.000	110,92	142,10	14.092.138
0011 (FL. 24)	MAYO 2012	Mayo 2012	11.000.000	111,25	142,10	14.050.337
0013 (FL. 25)	JUNIO 2012	Junio 2012	11.000.000	111,35	142,10	14.037.719
0022 (FL. 26)	JULIO - AGOSTO 2012	Agosto 2012	22.000.000	111,37	142,10	28.070.396
0025 (FL. 27)	SEPTIEMBRE 2012	Sept. 2012	11.000.000	111,69	142,10	13.994.986
0026 (FL. 28)	OCTUBRE 2012	Oct. 2012	11.000.000	111,87	142,10	13.972.468



0027 (FL. 29)	NOVIEMBRE 2012	Nov. 2012	11.000.000	111,72	142,10	13.991.228
0029 (FL. 30)	DICIEMBRE 2012	Dic. 2012	11.000.000	111,82	142,10	13.978.716
TOTAL DAÑO EMERGENTE			187.000.000			240.363.142

SON: DOSCIENTOS CUARENTA MILLONES TRESCIENTOS SESENTA Y TRES MIL CIENTO CUARENTA Y DOS PESOS MCTE. (\$240.363.142,00)

Se advierte que la anterior liquidación fue efectuada por la contadora (profesional Universitario Grado 12) de esta Corporación.

Por lo anterior se condenará a la accionada a pagar a la demandante por concepto de daño emergente la suma de SON: DOSCIENTOS CUARENTA MILLONES TRESCIENTOS SESENTA Y TRES MIL CIENTO CUARENTA Y DOS PESOS MCTE. (\$240.363.142,00).

A su turno para demostrar los gastos en que incurrió por concepto de equipos de cómputo, la actora aporta copias autenticadas de las facturas de compra obrante a folios 32-35, en las cuales se especifica los productos adquiridos y el nombre del comprador, pero dicha prueba por sí sola no demuestra que dichos equipos y suministros fueran a ser afectados a la ejecución del contrato de concesión objeto del presente litigio.

Por lo anterior no se tendrá probado este concepto reclamado.

Para demostrar los gastos en que incurrió por concepto de papelería, la actora aporta copia autenticada de la factura de compra obrante a folio 36, en la cuales se especifican los productos adquiridos y el nombre del comprador, pero dicha prueba por sí sola no demuestra que dichos elementos fueran tuviesen como destino a la ejecución del contrato de concesión objeto del presente litigio.

Por lo anterior no se tendrá probado este concepto reclamado.

Igualmente, para demostrar los gastos en que incurrió por concepto de nómina, la demandante aporta copias autenticadas de las nóminas obrantes a folios 37-48 y 53, 58, 63, 68, 73, 78, 83, 88, 93, 98, 103, así como copias autenticadas de las facturas de venta obrante a folios 49-52, 54-57, 59-62, 64-



67, 69-72, 74-77, 79-82, 83-87, 89-92, 94-97, 99-102. En las copias de las nóminas, aparece el nombre del empleado, pero no se da fe de que dicho empleado haya sido asignado a la ejecución del contrato de concesión en debate; igual situación ocurre frente a las facturas de venta, además, si bien las facturas están dirigidas a GROWING NETWORK S.A., en el recibido aparece además de la demandante, concesión de tránsito de Girón; contrato diferente al que es objeto de la presente controversia, igual situación ocurre con el sello puesto en las nóminas aportadas.

Por lo anterior no se tendrá probado este concepto reclamado.

En relación con los gastos correspondientes a honorarios, trámite, pólizas y gastos de representación, los cuales si bien se encuentran acreditados documentalmente a folios 104-121, no se condenará a la accionada a su pago; por cuanto la contratista de todas maneras debió incurrir en ellos para poder ejecutar el contrato y obtener la utilidad cuyo reconocimiento se ordenará en la presente providencia; de tal manera que dichos gastos no tienen la naturaleza de daños, sino que corresponden a inversión necesaria del contratista en la ejecución del contrato para poder obtener la utilidad pretendida.

Por lo anterior, no se reconocerán estos últimos conceptos reclamados.

5.2.1.2. Lucro Cesante.

Por concepto de lucro cesante, solicita el pago de una suma equivalente al 70% sobre todos los ingresos brutos mensuales del Fondo de Transporte y Tránsito de Bolívar, durante todo el tiempo de ejecución del contrato, es decir por 20 años contados a partir del 31 de agosto de 2011.

Sobre este concepto reclamado, hace la Sala las siguientes precisiones.

En primer lugar, es dable acotar, que el contrato de concesión No. 518 de 2011, suscrito por las partes, tiene por objeto la prestación de los servicios de soporte operativo y tecnológico que incluye la plataforma de software, hardware y comunicaciones para la gestión de la información que maneja el Fondo de Transporte y Tránsito de Bolívar en liquidación.



El precio del contrato se estipuló en una suma mensual equivalente al 70% sobre los ingresos brutos obtenidos por el FTTB en liquidación, por concepto de las actividades relacionadas con dicha entidad; por lo tanto, teniendo en cuenta que no todo el precio corresponde a utilidad, sino que el comprende además los gastos directos de ejecución del contrato; la indemnización deprecada a título de lucro cesante, corresponderá al porcentaje estipulado por concepto de utilidad, liquidado sobre el 70% de los ingresos proyectados del FTTB en liquidación, desde la fecha de suscripción del Acta de inicio, esto es, 31 de agosto de 2011, durante 20 años.

Precisa la Sala, que como en el contrato no se indicó el porcentaje de utilidad en favor del concesionario, se deberá estar al que dispongan los pliegos de condiciones y de no constar en dicho documento, debe ser fijado por perito ingeniero civil u otro profesional idóneo; peritazgo que deberá aportar la parte actora con la solicitud del trámite incidental correspondiente.

Siendo el hilo conductor, se advierte que no existe prueba en el plenario que permita establecer cuáles fueron los ingresos obtenidos por el FTTB en liquidación, desde el 31 de agosto de 2011, por lo que si bien está demostrado el incumplimiento del contrato por parte del Departamento de Bolívar, no es posible fallar en concreto para condenar por concepto de daño material en la modalidad de lucro cesante, el cual se concreta, se reitera, en las utilidades a percibir por el demandante durante la vigencia del contrato; así las cosas, al no conocerse el valor de la pérdida sufrida por cuenta del lucro cesante derivado de la utilidad dejada de percibir y al no contar la Sala con elementos para calcular el valor de dicho perjuicio, con fundamento en el artículo 193 del CPACA se considera necesario proferir una condena en abstracto; por lo que el valor del perjuicio por concepto de lucro cesante, se establecerá mediante trámite incidental, que promueva el demandante, en los términos del precitado artículo 193 ejusdem; precisando la Sala que dicha liquidación se debe hacer desde el 31 de agosto de 2011 proyectado por la vigencia del contrato (20 años).

Para efectos de hacer la proyección futura del lucro cesante, se tomará como cifra inicial, el promedio de lo recaudado por el FTTB en liquidación durante el año previo a la suscripción del acta de inicio del contrato de concesión objeto de la presente controversia, esto es del 30 de agosto de 2010 al 30 de agosto de 2011, y teniendo en cuenta lo estipulado en la cláusula cuarta del contrato



de concesión objeto de la Litis. Para lo anterior, se ordenará al Departamento de Bolívar, que dentro de los diez (10) siguientes a la notificación de la presente providencia suministre a la parte actora la información relativa a los ingresos detallados obtenidos por el FTTB en liquidación, durante el período del 30 de agosto de 2010 al 30 de agosto de 2011, así como cualquier otra información y/o documentos que fueren necesarios para liquidar la condena.

La liquidación del lucro cesante se hará a través de perito contador; peritazgo que debe presentar el demandante con la solicitud de trámite incidental de liquidación de condena.

A manera de colofón precisa la Sala que para la liquidación del lucro cesante se tendrá en cuenta el siguiente parámetro: **i.-** En primer lugar se debe establecer el promedio de los ingresos brutos obtenidos por el FTTB en liquidación, por concepto de las actividades relacionadas con dicha entidad, durante 20 años contados a partir del 31 de agosto de 2011, proyectados en la forma indicada en párrafos precedentes; **ii.-** Establecido lo anterior, se calcula el 70% de dichos ingresos; **iii.-** Sobre el anterior porcentaje, se liquida el porcentaje correspondiente a la utilidad proyectada.

Estas liquidaciones se deben hacer en la forma explicada en párrafos precedentes.

6. CONDENA EN COSTAS

6.1. Demanda principal.

La Sala de Decisión en virtud de lo establecido en el numeral 1º del artículo 365 del C.G.P., se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada en el presente asunto, ante la prosperidad parcial de las pretensiones de la demanda.

6.2. Demanda de Reconvención.

La Sala de Decisión en virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, procede a disponer sobre la condena en costas, bajo los términos de liquidación y ejecución previstos en el Código de General del Proceso.



En ese orden de ideas, se tiene que el numeral 1º del artículo 365 del C.G.P., dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, como ocurre en el presente caso, respecto de la parte demandante en reconvención.

En este caso se tendrán en cuenta los siguientes factores: i) el trámite de la demanda, ii) la naturaleza del proceso y iii) la gestión de la parte demandada.

En ese sentido, se encuentra procedente la condena en costas en la modalidad de gastos del proceso y agencias en derecho a favor de la parte demandada, condena que deberá ser liquidada por la Secretaría General de esta Corporación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VI.- FALLA

PRIMERO: DECLARAR que el **DEPARTAMENTO DE BOLIVAR incumplió** el contrato de concesión No. 518 de 2011, suscrito con GROWING NETWORK S.A., el cual tuvo por objeto la prestación de los servicios de soporte operativo y tecnológico que incluye la plataforma de software, hardware y comunicaciones para la gestión de la información que maneja el Fondo de Transporte y Tránsito de Bolívar.

SEGUNDO: DECLARAR NO probadas las excepciones de fondo formuladas por el Departamento de Bolívar; de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: CONDENAR al **DEPARTAMENTO DE BOLIVAR**, a pagar a GROWING NETWORK S.A. la suma de DOSCIENTOS CUARENTA MILLONES TRESCIENTOS SESENTA Y TRES MIL CIENTO CUARENTA Y DOS PESOS MCTE. (\$240.363.142,0, a título de **DAÑO EMERGENTE** derivado de los gastos en que incurrió la demandante por concepto de pago de arrendamiento del inmueble destinado a la ejecución del contrato de concesión.

CUARTO: CONDENAR en abstracto al **DEPARTAMENTO DE BOLIVAR**, por concepto de **LUCRO CESANTE** derivado de las utilidades dejadas de percibir por GROWING NETWORK S.A. como consecuencia del incumplimiento contractual; cuya liquidación se hará mediante trámite incidental, conforme



lo previsto en el artículo 193 del CPACA , y teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

Para lo anterior, se **ORDENA** al Departamento de Bolívar, que dentro de los diez (10) siguientes a la notificación de la presente providencia suministre a la parte actora la información relativa a los ingresos detallados obtenidos por el FTTB en liquidación, durante el período del 30 de agosto de 2010 al 30 de agosto de 2011, así como cualquier otra información y/o documentos que fueren necesarios para liquidar la condena.

QUINTO: DECLARAR probadas las excepciones de fondo formuladas por el Fondo de Transporte y Tránsito de Bolívar en liquidación; de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEXTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda principal.

SÉPTIMO: Sin condena en costas en la demanda principal; por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

OCTAVO: NEGAR las pretensiones formuladas en la demanda de reconvencción.

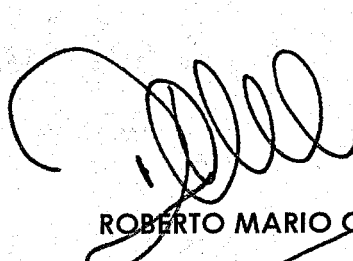
NOVENO: CONDENAR en costas a la parte demandante en reconvencción; liquídense por la Secretaría General de esta Corporación conforme lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P., incluyéndose en dicha liquidación las agencias en derecho, conforme lo dispuesto en la parte motiva de la presente providencia.

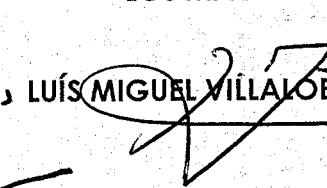
DECIMO: Ejecutoriada la presente providencia, **DEVUELVA** el remanente si existiere y **ARCHIVE** el expediente previas las anotaciones correspondientes en el sistema justicia siglo XXI.

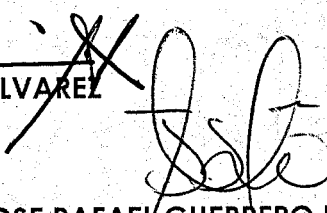
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

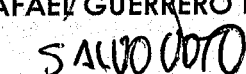
Constancia: el proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS


LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ


JOSE RAFAEL GUERRERO LEAL


SALVO DOTO